

欺罔による被害者利用の間接正犯

塩 谷 毅*

目 次

- 1 はじめに
- 2 被害者の承諾論と間接正犯論の関係
- 3 行為者の正犯性
- 4 被害者の生命処分意思の有効性
- 5 裁判例の検討
- 6 おわりに

1 はじめに

被害者を欺罔して錯誤に陥らせた上で自殺させた場合、行為者の罪責はどうか。この問題について、伝統的な考え方によれば、「被害者の承諾論と間接正犯論の関係」において両者の判断は事実上一致し、被害者の承諾が無効であれば欺罔行為者に常に殺人罪（被害者を利用した間接正犯）が成立すると考えられていた。すなわち、行為者の欺罔によって被害者の承諾の任意性が否定されれば、自殺関与罪が否定されることによって、かつ、殺人罪も自殺関与罪も成立しないという処罰の隙間は生じないということ暗黙の前提にして、行為者には常に殺人罪が成立するとされていたのである。従って、この立場にとって決定的に重要なのは、「被害者の承諾の有効性」の判断である。これに対して、近年では、欺罔行為者に殺人罪（被害者を利用した間接正犯）が成立するためには、「被害者の承諾の有効性」の判断とは別個に「行為者の間接正犯性」の判断が必要であり、行為

* しおたに・たけし 岡山大学法学部教授

者の関与の積極性や行為支配などが認められなければたとえ被害者の承諾が無効であったとしても殺人罪は成立しないという考え方が学説では有力になりつつある¹⁾。

伝統的な考え方（一元説）と近年の有力な考え方（二元説）のいずれを採用すべきか。被害者を欺罔して錯誤に陥らせた上で自殺させた場合の行為者の罪責はどのように判断すべきなのか。

本稿は、まず、一元説と二元説の対立を考察した上で、行為者の間接正犯性を「被害者の自己答責性」の観点から判断する場合の具体的な考慮要素について検討する。

2 被害者の承諾論と間接正犯論の関係

(1) 一元説の考え方

一元説の考え方は伝統的な考え方であるが、現在でも依然として有力である。例えば、島田聡一郎は、被害者の承諾と被害者利用の間接正犯の関係について、「同意が無効ならば背後者の間接正犯性が認められるのに対し、同意が有効ならば背後者の間接正犯性が否定されるという関係に立つ」とする。なぜなら、有効な同意がある場合、個人の自律的な決定を重視する法秩序のもとでは被害者のそのような決定が尊重されるべきなので、結果は被害者の領域において生じたといえ、その結果、背後者を事象についての主体と見ることは否定されるからである²⁾。しかし、これは「同意が有効な場合に背後者の間接正犯性が否定される」ことの説明であり、なぜ被害者の同意が無効ならば「常に」背後者の間接正犯性が認められるのかは別に説明しなければならない。この点、仮に同意が無効で背後者の間接正犯性も満たされないとすれば、殺人罪にならず、有効な自殺意思がないので自殺関与にもならず、そうすると不可罰となるはずであるが、この場合は同意が有効な場合より被害者の意思に反している分当罰性が高いので不可罰にするのは不均衡であるからと説明している³⁾。

しかし、この場合は不可罰となるはずといえるかがまさに問題なのであり、これを後に検討する。

また、他手の場合(囑託殺人・承諾殺人)と自手の場合(自殺教唆・自殺幫助)で判断方法が異なるとする有力説に対して、そのような区別は必要ないとしてその理由を以下のように述べている。なぜなら、まず、ドイツでは「囑託殺人や同意傷害が処罰され、他方、自殺関与や自傷関与は不可罰である」ことがこの区別の基礎になっているが、我が国は法状態が異なりこれは根拠とならないからである。また、他手の場合でも、被害者に同意の撤回可能性が留保されている以上は、最終的な結果についての支配は自手の場合と同様に被害者にあったといえるからである⁴⁾。

しかし、たしかに我が国の刑法202条は他手の場合と自手の場合を同一の条文で同一の法定刑で処断しているが、本条に限らず様々な行為態様を一つの条文で大括りにして処断するのは我が国の刑法の特徴であって本条もその一つに過ぎない。そもそも、同意殺人と自殺関与、とりわけ承諾殺人と自殺幫助のような明らかに当罰性に差があるとみられるものを同一の法定刑で処断すること自体、立法論的には問題があるのだから、このことをもって自手と他手の区別を行う必要はないというべきではない⁵⁾。また、同意の撤回可能性の留保を他手と自手の平準化の根拠にすることについても、森永真綱が正当にも指摘するように、手術に承諾した患者が麻酔をかけられた後ではもはや撤回できないように、同意が問題となる場面で被害者が常に撤回可能性を留保し事象に対する影響を維持し続けられるとは限らないので、他手と自手で事実上の影響力の相違があることは否定できないのであり、同意の撤回可能性の留保は他手と自手を平準化する十分な根拠とはならないのである⁶⁾。

(2) 二元説の考え方

以上のように考えると、我が国でもやはり他手と自手を区別して考えるのが合理的であり、自手の場合における背後者の正犯性は被害者の承諾の

無効から常に基礎づけられるとはいえない。被害者の承諾の有効性の問題と背後者の間接正犯性の問題は別の問題と考えるべきである。

例えば、林幹人は以下のように述べている⁷⁾。錯誤に基づく同意の有効性は刑法上保護すべき利益がそもそもあったかという問題であるのに対し、間接正犯性は行為者の行為に法益侵害性が肯定されることを前提にして、行為者と結果発生の上に第三者や被害者などの別人格の行為が介在しているのでそれにもかかわらず行為者を正犯となし得るかという問題である。同意の有効性と間接正犯性とは別の問題なので、たとえ同意が無効とされても間接正犯性が否定されることはあり得る。同意の有効性は法益処分の自由の有無、つまり被害者の法益に対する意思関係の問題であるのに対し、間接正犯性は被害者の行為者からの自由の有無、つまり被害者と行為者との間の客観的・精神的な関係の問題なのである。

（間接）正犯性の問題を「被害者と行為者の精神的な関係の問題」と表現するのは精神関係説を採用する林説の特徴であるが⁸⁾、両者は別の問題であるとするには賛成できる。そして、「強制による被害者利用の間接正犯」が問題になる場合とは異なり、「欺罔による被害者利用の間接正犯」が問題になる場合には、両者の判断がずれることは実際にありうるであろう。

(3) 二元説における処罰の隙間

このように、二元説を前提に考えるならば、「承諾が無効な場合に欺罔行為者の間接正犯性が否定されることがあり得る」ことが問題になる。

これは、刑法202条が自殺関与を処罰していることによって生じる問題である。これが自傷行為など生命法益以外の自損行為への関与の場合ならば、刑法202条に相当する処罰規定がないので、少なくとも被害者の承諾が有効であれば関与者は不可罰となる。従って、承諾が無効でかつ間接正犯性も否定されて不可罰となる場合との均衡の問題は起こらない。つまり、生命以外の自損行為への関与の場合には、承諾が無効で間接正犯性が

認められて処罰される場合と、承諾は無効だが間接正犯性も否定されて不可罰となる場合と、承諾が有効で不可罰となる場合と三通り生じても不都合はない。しかし、自殺への関与は被害者の承諾が有効であった場合でさえ関与者が刑法202条によって処罰されるので、無効な場合に関与者を不可罰とするとこの不均衡の問題が生じるのである。

この点、この場合には不可罰であるとして「処罰の隙間」を率直に認める論者もいる。行為者に殺人の間接正犯性がなければ殺人罪(間接正犯)にならず、また、被害者の承諾が無効ならば自殺関与罪にもならず、結局不可罰にするしかなく、この問題は立法によって解決するしかないと考えるのである⁹⁾。

しかしながら、承諾が有効で自殺関与として処罰される場合に比べて、承諾が無効でかつ間接正犯性も認められない場合は、被害者の意思に反しているがゆえに当罰性はむしろ高いといえるので、その場合を不可罰とするのはいかにも不均衡である¹⁰⁾。欺罔を行い被害者を錯誤に陥らせて自殺させた場合に、錯誤にも関わらず承諾がなお有効といえるような欺罔に比べて、承諾を無効にするような欺罔を行った場合はより悪質であるといえるので、承諾が有効な場合に自殺関与罪で処罰しておきながら承諾が無効な場合に不可罰とするのでは処罰のバランスがとれない。

(4) 承諾の有効性と自殺関与罪の成否

従って、承諾が無効でかつ間接正犯性も認められない場合には、処罰の隙間を認めず処罰しなければならないが、間接正犯性がない以上、殺人罪(間接正犯)を成立させることはできない。この場合には、自殺関与罪を成立させる以外に方法はない。そうすると、欺罔行為者に間接正犯性が認められなければ承諾が有効であれ無効であれ自殺関与罪が成立することになり、自殺関与罪にとって承諾の有効性は実は必要条件ではないことになる。「承諾(法益放棄)としての有効性」は自殺関与・同意殺人罪にとって「見せかけの構成要件要素」に過ぎず¹¹⁾、自殺関与罪の成立要件は、「自殺

関与（教唆もしくは補助）の形態で犯され、しかも行為者に間接正犯性が認められないこと」である。殺人罪と自殺関与罪の処罰範囲を画するのは、被害者の承諾の有効性ではなく、むしろ欺罔行為者の間接正犯性である。

3 行為者の正犯性

(1) 行為者の（間接）正犯性と被害者の自己答責性

このように、欺罔による自殺関与の形態で犯された行為者の罪責にとって重要なのが、行為者の間接正犯性の方なのだとする、それをどのように判断するかが問題になる。

これは、「被害者の自己答責性」によって判断すべきであろう。被害者の自己答責性は、行為者と被害者の関係性を分析して、事象における主役がどちらなのか、生じた結果はどちらの管轄に帰属するのかを判定する概念であり、行為者の正犯性を判断するための思考枠組みであるからである¹²⁾。

(2) 「被害者の自己答責性」の判断

被害者の自己答責性は、強い場合と弱い場合、すなわち、被害者に完全な自己答責性が認められる場合と不十分ながらある程度の自己答責性が認められる場合がある。

最も強い完全な自己答責性が被害者に認められる場合、すなわち、被害者が自己答責的な決断のもとで、結果発生へと至る因果の流れを自らの手で起動し、しかもその被害者の行為はそれのみで結果を発生させる性質のものであったならば、たとえ行為者の行為が他の行為の媒介なしに結果を直接に発生させる場合（例えば、「切腹における介錯」などのように、形態としては「他手」の場合）であったとしても、なお、その行為は、規範的には「被害者の手による結果発生へと至る因果の流れを単に助長したにすぎない」といえるのであり、「意思及び態度の連関」としての被害者の自己答

責性に行為者の正犯性を制限する役割が与えられる。

これに対して、被害者の死への予見が「確定的なもの」ではなく「未必的なもの」であったり、被害者の能力が「完全責任能力」のレベルではなく「限定責任能力」のレベルであったり、あるいは「そのみで結果を発生させる性質の被害者の行為」が無いならば、他手実行の形態でありながら行為者の正犯性を断ち切るような強い被害者の自己答責性までは存在しない。しかし、そのような弱い不十分な被害者の自己答責性であっても、自手実行の形態においては、行為者の(間接)正犯性を否定する根拠には十分なり得るのである。

被害者の自己答責性は以下の3つの観点から判断される。第1に、被害者が法益侵害結果の発生を認識・予見し、それを少なくとも甘受していること(①自己答責的な法益処分意思)、第2に、そのような決断を可能にする能力が被害者に存在したこと、すなわち、精神の障害や心理的圧迫によるパニックなどによって判断能力もしくは行動制御能力が欠如していないこと(②自己答責能力)、最後に、自殺が成功する(自殺不能犯ではない)態様での被害者自身の行為などの客観的な要素(③自己答責的態度)である。

①被害者に「自己答責的な法益処分意思」が無い場合、例えば、被害者に対して、首を括って仮死状態に陥っても行為者が蘇生させると欺いて、被害者に自ら首を括らせて自殺させた場合¹³⁾は、被害者は一時的に仮死状態になるとしか思っておらず、死ぬという認識はない。このように被害者の有効な生命処分意思が無い場合は、被害者は自己答責的でない。「欺罔・錯誤によって自己答責的な法益処分意思がなくなるか」という点は「欺罔による被害者利用の間接正犯」を判断する際に特に重要であり、このあと、「4 被害者の生命処分意思の有効性」において改めて検討する。

また、②「自己答責能力」が認められない場合、例えば、強度の統合失調症を患い行為者の命じることには何でも服従する被害者に縊首の方法を教えて縊死させた場合¹⁴⁾は、やはり被害者は自分が死ぬことを分かっているものであって、被害者に自己答責能力は無い。また、この問題は、「強

制による被害者利用の間接正犯」を判断する際にも重要である。すなわち、被害者に精神的な病など「精神の障害」がある場合だけでなく、それが無くても、行為者の暴行・脅迫によって心理的圧迫によるパニックが生じており、被害者が行為者の命じるままに行為するしかない精神状態に陥っていた場合は、特に被害者に「行動制御能力」が失われていたのではないかを慎重に判定しなければならない。なお、それは、「完全責任能力」のレベルではなく「限定責任能力」のレベルまで減退していたとしても認めてよいと思われるが、「責任無能力」のレベルまで完全に失われていた場合にはもはや自己答責能力は認められないのである。

さらに、③「自己答責的態度」という客観的な要素の判定に当たっては、「自手と他手という形態の区別」のほかに、「行為者の作為（言語）による欺罔の有無」、「行為者の支配・管轄の有無」、「被害者と行為者のどちらから言い出したのか」、「錯誤して法益放棄を表明したことについて被害者に落ち度があるか（表示の錯誤における行為者の信頼利益の保護）」、「法益放棄を決断するにあたり法益衡量の観点から被害者の決断は合理的といえるか」などの観点が問題になり得よう。この点、欺罔による自殺関与においては、「行為者の作為（言語）による欺罔の有無」と「心中を言い出したのは被害者と行為者のどちらか」が特に重要になる。

(3) 自己答責的態度という客観的な要素

被害者の自己答責的態度の判定に当たっては、まず、「自手と他手という形態の区別」が出发点として重要である。正犯性を判断する以上、被害者の死亡が行為者の行為によって直接もたらされた場合には行為者が正犯であったと推定されるのに対し、被害者の死亡が被害者自身の行為によって直接もたらされた場合には被害者がいわば正犯であり、行為者は共犯に過ぎないと推定されるからである¹⁵⁾。後者の場合に、行為者が共犯ではなく正犯であるといえるためには特別な事情が必要である。

そのような事情として、まず、「行為者の作為（言語）による欺罔」の

存在が考えられる。例えば、首を括って死んでしまえば生き返る術がないにも関わらず、「仮死状態に陥るだけであり、特殊な方法によって蘇生させることができるかのように」行為者が被害者に虚偽の事実を申し向けて欺いた場合は、行為者の積極性によって、事象の全体に対して行為者がイニシアチブをとっていたとして行為者に正犯性を認めやすくなる。これに対して、行為者からは被害者に対して虚偽の事実を申し向けるなどの積極的な働きかけをしていないにも関わらず、被害者が勝手に錯誤し、行為者はそれと気づいていたが被害者の錯誤を除去しなかったに止まる場合は、行為者の消極性から行為者に正犯性を認めるのは困難である。

さらに、「被害者との共同自殺(心中)を言い出したのが被害者だったのかそれとも行為者だったのか」という点も、どちらが事象の全体にとってイニシアチブを握っていたのかを考える上で重要である。行為者が言い出したことによって、被害者の死という事態へと導く流れがはじめて生み出されたということが、その後の事象の経過もそのまま行為者が支配していたと推測する根拠になり、結局、事象全体の主役、すなわち正犯が行為者だったのだと判断する根拠になるからである。

そうすると、被害者の自手実行の形態において、被害者の自己答責性を否定し、行為者の間接正犯性を認めるためには、行為者は被害者の錯誤を除去しないという不作為的・消極的態度をとっていたということでは足りず、積極的な作為(言語)による欺罔を行ったということと、心中を言い出したのが行為者だったということが必要になると考えられる。

4 被害者の生命処分意思の有効性

(1) 主観的考察方法と客観的考察方法

自己答責的な生命処分意思が被害者にあったかを考える際には、「欺罔・錯誤による瑕疵ある承諾の有効性」についての議論が参考になる。ただし、被害者の承諾として有効な場合だけでなく、錯誤という瑕疵のせい

で一部無効な場合にも自殺関与罪が成立する以上、被害者の自己答責的な生命処分意思は被害者の承諾としては無効な場合にも認められることがあり、被害者の有効な承諾よりは広い概念である。すなわち、意思の瑕疵のせいで「被害者の法益放棄により法益（の要保護性）がなくなる」とまではいえなくても、「生じた結果は被害者の自己責任として被害者が引き受けることによって、行為者の正犯としての処罰は否定される」といえることがあるのである¹⁶⁾。

さて、瑕疵ある承諾の有効性に関する考え方には二つの方向性がある。一つは、主観的考察方法と呼ばれるもので、何についての錯誤が被害者の承諾を無効とするかという問題について、もっぱら「被害者の価値観」を基準にして、「被害者本人が法益を処分するにあたって重視した事柄か否か」によって判断し、錯誤が関係する事柄の客観的・類型的な重要性判断を行わない考え方である。この考え方は、① 重大な錯誤説などと呼ばれている¹⁷⁾。

もう一つは、客観的考察方法と呼ばれるもので、錯誤が関係した事柄を、被害者本人が主観的に与えていた価値付けとは離れて、何らかの基準で客観的・類型的に重要性を判断し、重要な事柄についての錯誤であるとして承諾を無効とすべきなのか、それとも錯誤した事柄は些細なことであつて承諾はなお有効とすべきなのかを判断するのである。その代表的な学説である② 法益関係的錯誤説は、法益関係的錯誤、すなわち被害者が自分が何を放棄しているのか分かっていない場合、いいかえれば、被害者が放棄する法益の種類や程度などについて錯誤している場合にだけ承諾が無効となるという考え方である¹⁸⁾。

(2) 主観的考察方法

主観的考察方法は、「被害者本人」は錯誤がなければ承諾しなかったのかだけを問題にし、たとえば被害者本人を「一般人」に置きかえてその場合でも同じようにいえるかというような錯誤内容の客観的な重要性判断は

行わない。その意味で、この説は、錯誤した事柄について、被害者本人が与えた主観的な重要性のみをもっぱら重視し、被害者本人の主観と離れて類型化された客観的な重要性判断をしないということが特徴である。

その出発点は、欺罔・錯誤と承諾の間に条件関係・因果関係があれば、すなわち「欺罔による錯誤がなく、被害者が真実を分かっていたならば承諾しなかったであろうといえる場合には承諾を無効」とすることである。

さらに、井田良は、この場合には被害者の自由意思が失われているかどうかが重要なのではなく、被害者の法益の要保護性が失われるかどうかが本質的であるとした上で、被害者本人にとって動機付けに重大な影響を持つ欺罔行為により真意にそわない法益放棄の意思決定が行われたときは、たとえそれが単なる動機の錯誤に基づくものであっても、加害者との関係で被害者の法益の要保護性が失われるとはいえないとする。例えば、被害者にとって最愛の人が死んだとだまし、もはや生きていない意味がないと思わせ自殺させた場合のように、たとえ法益関係の錯誤でないとしても本人の意思決定に与える影響が大きく、結果的に意思決定が被害者の真意にそわない不本意なものであった場合には、法益の要保護性が否定されるとはいえず、承諾を無効とすべきとしている¹⁹⁾。

しかし、被害者の価値観など主観的事項のみを基準にして欺罔や錯誤の重要性判断を行い、承諾の有効性をそれにかからしめるのは妥当でない。被害者の主観のみを基準にするならば、論理的には法益放棄の見返りに被害者が期待した過大な要求の不達成や法益放棄における些細な条件の不満足も承諾を無効にしてしまいかねない²⁰⁾。瑕疵のある承諾を有効なものに見なしてよいかは、それが被害者の承諾を無効であるとして行為者を処罰してよいかという問題なのであるから、被害者の主観的な恣意に委ねられるべき問題ではない²¹⁾。瑕疵ある承諾の有効性の判断は、「法的な評価を通して客観的基準に従って判断すべき」である²²⁾。

(3) 客観的考察方法

このようにして、被害者の価値観などの被害者の主観から離れた客観的な基準によって承諾を無効にする錯誤とは何かを論定しなければならないが、最も有力な基準が「法益関係的錯誤」か否かという基準である。

「被害者に法益関係的錯誤がある」というのは、「被害者が自分が何を処分しているのかわかっていないとき」ということであるが、このような場合には被害者の有効な承諾はない。そして、この場合は「被害者の承諾はあるが、それは無効である」というより、むしろ「被害者の承諾は存在しない」ということなのだとされている²³⁾。確かに、「行為者の言うとおりにして一時的に仮死状態になっても行為者によって蘇生させてもらえる」と被害者が考えていた場合には、被害者が「死ぬ」（自己の生命を永久的に放棄している）ということを知っていないのであり、被害者に生命侵害への承諾はそもそも存在しない。ところが、被害者は自分が死ぬことを分かっているが、法益処分の動機について、欺罔・錯誤によって自分の願望が満たされないことを分かっているような場合には、被害者の承諾は存在するのであり、それが有効か無効かが問題になるのである。

この点、法益関係的錯誤説の伝統的な考え方は、法益の中に「法益処分の自由」を含めて考えない「静的な法益観」に基づいて、法益処分の動機・目的に関する錯誤は法益関係的錯誤ではないとすることによって、承諾を有効であるとしていた。

ところが、近年、このことが揺らいでいる。山口厚は、法益の中に「法益処分の自由」を含めて考える「動的な法益観」に立脚すべきことを主張し、以下のように述べている²⁴⁾。法益とは当該客体が変更されずに存立し続けることのみを意味するのではなく、当該客体をいかに利用・処分するかという法益処分の自由も法益の内容・構成要素をなすから、法益処分の目的について欺罔され錯誤に陥った場合、法益の内容をなす法益処分の自由が害されており、その点について認識を欠くとして、法益関係的錯誤にあたることを認めることができる。ただ、そうであるとしても、直ちに重

大な錯誤説を採用すべきというのではなく、「法益処分の自由の保護適格・要保護性」という観点を次に考えなければならないのであり、法益の構成要素として法益処分の自由を認めたとしても、それは刑事罰によって保護されるべき自由なのかという問題を考えるべきである。この観点からは、財産や自由といった法益は、一定の目的を実現するためにそれを処分することが本来想定されているので、法益処分の自由は保護の対象になり得るが、他方、生命はそうではなく、自殺は本人以外との関係では違法であり、自殺の自由は保護の対象とはならない。そして、生命処分の自由は保護の対象とならないから、生命処分の動機において欺罔された偽装心中では法益関係の錯誤は認められない、としている。

しかし、「法益処分の自由」一般を広く法益の中に含めるという「動的な法益観」に基づいて法益関係の錯誤説を考えるのは、やはり問題があるように思われる。佐伯仁志が指摘するように、「法益処分の自由を当該構成要件の制約なしに保護すると、結局、あらゆる動機の錯誤が法益関係的とされてしまい、法益関係の錯誤説の自殺行為になる」からである²⁵⁾。安田拓人も「法益関係の錯誤説は、静的な法益観を前提とし、法益の存立の保護を考える見解と本来的には整合的なのであり、交換価値や処分の自由の保護は、その射程外だったはず」と指摘しているが正当である²⁶⁾。山口厚の見解は、(重大な錯誤説を採ると承諾が無効となる範囲が広すぎるが、)法益関係の錯誤説を採ると承諾が無効となる範囲が狭すぎるとする批判に答えて、様々な種類の結論を「法益関係の錯誤」の概念の中で調節するための工夫と思われるが、法益関係の錯誤という概念をこのように拡張してしまえば、反対給付の錯誤や法益処分の動機・目的の錯誤一般まで広く法益関係の錯誤になってしまうのであり、妥当でないと思われる²⁷⁾。

(4) 生命法益の特殊性

また、法益の交換可能性、すなわち、何かの目的を追求するために自己の法益を犠牲にすることの要保護性を考える場合、それぞれの法益の特性

が問題になる。たしかに、財産や自由といった法益は、このような法益の交換可能性が広く認められる法益である²⁸⁾。

しかしながら、生命や身体の枢要部分という法益はそうではない。例えば、アルバイトとして、学園祭の出し物のモグラたたきでモグラ役を引き受ける場合のように、軽微な暴行や傷害に対しては、身体という法益の交換可能性は認められてよいが、あくまでそれが限度である。生命や身体の枢要部分は、このような法益の交換可能性を認めてはならない。生命や身体の枢要部分という一身専属的な法益の保護は、交換価値として保護されるのではなく、自己目的としてそのもの自体を保護するというものでなければならないのである。

これらのことを前提として、偽装心中等の事案において、瑕疵ある法益処分意思の有効性を判断すべきである。「自己答責的な法益（生命）処分意思」は、被害者が「自分が死ぬ」ということを分かっているだけで足りる。「一時的に仮死状態になっても生き返る」というような認識では足りないが、生命放棄の動機に瑕疵がある場合はもちろん余命の長さに錯誤がある場合も含めて、ともかく「自分が死ぬ」と認識していればよいのである。

5 裁判例の検討

(1) 偽装心中事件

心中（共同自殺）の失敗や偽装心中など、刑法199条と刑法202条の限界が問題になる事例について、我が国の判例実務は、「当初から死ぬ意思が無くだますつもりであった場合は殺人罪（199条）、他方、当初は死ぬつもりであったが途中で心変わりして死にきれなかった場合は自殺関与・同意殺人罪（202条）」を成立させている²⁹⁾。近年の裁判例においても、このような判断方法は依然として変わっていないようである³⁰⁾。こうした状況を踏まえて、偽装心中事件³¹⁾について考察する。

事案は以下のようなものであった。Xは、Aといたんは結婚の約束ま

でしたが、次第にAを重荷に感じ始め、Aに別れ話を持ちかけたところ、Aはこれに応じず、別れるぐらいならむしろ心中したいとXに申し出た。Xは、当初はAの熱意につられて渋々心中の相談に乗ったものの、3日後には心中する気持ちが無くなっていたにもかかわらず、AがXを熱愛し追死してくれるものと信じているのを利用してAを毒殺しようと考え、真実は追死する意思がないのに追死するように装い、予め買い求めておいた青化ソーダ致死量をAに与えたところ、Aはこれを飲んで死亡した。最高裁は、「AはXの欺罔の結果Xの追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのようにXに追死の意思がないにもかかわらずAを欺罔しXの追死を誤信させて自殺させたXの所為は通常の殺人罪に該当する」と判示した。

(2) 偽装心中事件の評価

本件では、Aが自分が死ぬということを錯誤なく分かっていたことは間違いない。しかし、Aが死ぬことを決断したのは、XがAの後を追って自殺すると錯誤したからである。「あなたと別れるぐらいならば、いっそのこと一緒に死にたい」というのはかなり特殊な生命処分の動機であり、例えば安楽死が問題になるような状況において「不治の病で苦しみ続けるぐらいならばいっそのこと死んで早く楽になりたい」などという場合とは異なって、一般人に生命処分を決意させるような通常の動機ではない。それにもかかわらず、本件において、AはXの追死という点を決定的に重視して自己の生命の処分を決断したのである。それ故、主観的考察方法からすれば、本件においてXの追死についての欺罔とAの錯誤は重大であり、Aの生命処分意思は無効なものということになる。しかし、殺人罪は被殺者の生命を保護法益とする犯罪であり、生命放棄の動機や生命の交換価値、あるいは意思決定の自由一般を保護する犯罪ではない。偽装心中の場合、自己の生命の放棄そのものについては錯誤がない以上、被害者の生命処分

意思は有効とすべきである。従って、意思の瑕疵が全くない完全なものではなく、法益処分の動機は満たされないという瑕疵のあるものであって弱められたものであったとしても、被害者の自己答責的な生命処分意思は認めることができる。

また、本件における被害者には、重い精神疾患などの精神の障害や、暴行または脅迫などの強制による心理的圧迫によって、判断能力や行動制御能力が減退したり失われていたという事情もないので、自己答責能力も認めることができる。

さらに、被害者が自ら毒を嚥下して死んでいること（自手）に加えて、行為者が追死すると虚偽の事実を申し向けて積極的に被害者を欺いたのではなく、自分と一緒に死んでくれるはずという被害者の錯誤を行為者は除去しなかったに止まること、さらに、心中を言い出したのは行為者ではなく被害者の方であったことなどから、被害者が事象においてイニシアチブをとっていたという意味で被害者の自己答責的態度も認められる。

このようにして、被害者の自己答責性は認められ、行為者の（間接）正犯性は否定されるので、本件では、行為者に殺人罪ではなく自殺関与罪を成立させるべきだったのである。

6 おわりに

以上のように、被害者を欺罔して自殺させた場合に行為者の罪責がどうなるかは、被害者の承諾（法益放棄）としての有効性に着目するのではなく、行為者の間接正犯性を中心に考えるべきであり、そこでは、錯誤によって弱められたとしても被害者の自己答責性がなお認められるかという観点から考察すべきである。「欺罔による被害者利用の間接正犯」の場合、被害者の承諾の有効性と行為者の間接正犯性の判断はずれることがありうるとしても、「人の自己答責性（答責領域）」はすき間なく隣りあっているので被害者の自己答責性が認められなければ行為者の（間接）正犯性を認

めることができる。「被害者の自己答責性」は、生命という一身専属的な法益の場合には特にそうであるが、伝統的な「静的な法益観」に基づく法益関係の錯誤説の立場を参考にして「被害者の自己答責的な生命処分意思の有効性」を判断した上で、そのほかに「自己答責能力」や「自己答責的態度」が被害者に認められるかを総合考慮して判定する必要がある。その際、自己答責的態度という客観的な要素の判定には、自手か他手かということに加えて、心中(共同自殺)を言い出したのはどちらか、行為者に作為による欺罔があったのかそれとも被害者の錯誤を除去しないという不作為に終始したのかという点も考慮すべきである。

なお、今後の課題としては、強制による「第三者利用」の間接正犯の問題を、強制による「被害者利用」の間接正犯と対比することによって考察することを考えている。この問題については、近年重要な最高裁決定³²⁾が出されたので、それを中心に検討する予定である。

* 本稿は、科研費基盤研究(C)「被害者利用の間接正犯事例における被害者の自己答責性の意義」(課題番号:21K01201)の研究成果の一部である。

- 1) 被害者の自殺意思が有効であれば殺人罪が成立することはないが、自殺意思が無効であれば殺人罪が成立するとは限らないのであって、同意殺人の場合に行為者に正犯性を認めることに問題はないとしても、自殺関与の場合は手段が教唆・補助形態なので、自殺意思が無効であっても被害者を利用した間接正犯が成立するかがさらに問題となるのであり、現在では正犯性を独立に検討する見解が通説化していると佐伯仁志は述べている。佐伯仁志「偽装心中と殺人罪」『刑法判例百選Ⅱ各論(第8版)』(2020)5頁。
- 2) 鳥田聡一郎『正犯・共犯の基礎理論』(2002)257頁。
- 3) 鳥田聡一郎・前掲書(2)256頁。
- 4) 鳥田聡一郎・前掲書(2)255頁。さらに、自己決定の程度の差について、他手の方が自手の場合より他人によって影響されている可能性は高く、自殺意思の有効性の認定を慎重に行うべきといえるかもしれないが、それはあくまで事実認定の指針の問題に過ぎず、正犯性に規範的差を設ける論拠にはならないとしている(255頁以下)。
- 5) 内田文昭『刑法各論(第3版)』(1996)15頁、中森喜彦『刑法各論(第4版)』(2015)10頁参照。
- 6) 森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」川端博ほか編『理論刑法学の探究4』

(2011) 153頁。

- 7) 林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀記念論文集 上巻』（1998）241頁以下。
- 8) 林幹人『刑法総論（第2版）』（2008）397頁以下参照。
- 9) 平川宗信『刑法各論』（1995）49頁以下。財物について窃盗罪のほかに詐欺罪・恐喝罪があることを援用し、生命について同様の立法が考えられるとする（50頁の注30参照）。ほかに、佐久間修『刑法各論（第2版）』（2012）29頁、前田雅英『刑法各論講義（第3版）』（1999）23頁、内田文昭・前掲書(5)20頁も参照。
- 10) 島田聡一郎・前掲書(2)256頁。
- 11) 松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』（2018）32頁参照。
- 12) なお、欺罔者と行為者が別人である場合、すなわち、行為者と被害者以外に行為者と共犯関係のない第三者（欺罔者）が別に存在するような場合、生じた結果について主たる責任を負うのは誰であり誰に結果を正犯的に帰属させるべきかがより複雑な問題になり得るが、本稿ではこのようなケースはとりあえず射程外とする。
- 13) 大判昭8・4・19刑集12巻471頁。
- 14) 最決昭27・2・21刑集6巻2号275頁。
- 15) なお、このような場合を被害者と行為者が「共同正犯的に」関与した場合と説明されることもあるが（島田聡一郎・前掲書(2)257頁参照）、そのような説明は不当であろう。「共同正犯」は、共謀して他害行為を複数人で分担することを示す概念であり、「一方からは他害行為であるが、他方からは自損行為にすぎない」場合を表すものではないからである。たとえ、「擬似」共同正犯とか、「準」共同正犯とか、修飾を加えて表現したとしても、不当である。
- 16) 例えば、行為者が不治の病を患う被害者にあえて余命を大幅に短く伝えたところ、被害者が絶望して自殺したような場合、仮に「余命の長さの錯誤」が法益関係の錯誤あるいは重大な錯誤として承諾（法益放棄）としては無効と考えたとしても、被害者は自分が死ぬことは分かっている以上、被害者の自己答責性を認めて、行為者に殺人罪ではなく自殺教唆罪を成立させるということはあり得る。
- 17) 大塚仁『刑法概説（総論）（第4版）』（2008）419頁以下、大谷實『刑法講義総論（新版第5版）』（2019）254頁など。塩見淳は、錯誤が重大であれば、どの立場でも同意は無効なのであって、問題は重大性を判断する規準であるとし、この立場を「被害者規準説」と呼んでいる。塩見淳『刑法の道しるべ』（2015）60頁（注5）。
- 18) その実質的な根拠は、もしある構成要件の法益と無関係な利益についての欺罔による錯誤のある承諾に基づく法益侵害を承諾を無効にすることによってその構成要件で処罰するならば、実質的には当該法益を錯誤が関係する別の法益に変換することになるか、あるいは、欺罔から自由であるという意思活動の自由一般を保護することになってしまうという点にあるといわれている。佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985）59頁。
- 19) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005）198頁以下。さらに、同「被害者の同意」現代刑事法14号（2000）92頁以下、同『講義刑法学・総論（第2版）』（2018）354頁も参照。

- 20) たとえば設定された手術の日を大安であると誤解して承諾したが実は凶滅であった場合、患者が法益放棄・手術の条件として非常に縁起を担ぐ人であった場合、被害者自身が重視した事柄に錯誤のある承諾として無効になりかねないがそれは不当であろう。
- 21) 森永真綱・前掲論文(6)138頁。森永真綱は、「ある法益主体の信頼が刑法において保護されるべき場合とは、それが少なくとも日本の刑法規範が向けられている者の間において、重要なものとして一般化可能性を有し、法のレベルに高められたもので、しかも刑罰によるリアクションにふさわしいものでなければならない」としているが、正当である。
- 22) 小林憲太郎「いわゆる『救助・追跡事故』について」千葉大学法学論集第15巻3号(2001)158頁以下。
- 23) 山口厚「『法益関係の錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集111号(2003)101頁。
- 24) 山口厚「法益侵害と法益主体の意思」山口厚編『クローズアップ刑法各論』(2007)16頁以下。
- 25) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013)222頁(注42)。
- 26) 安田拓人「被害者の同意」法教499号(2022)74頁。
- 27) 菊地一樹は、山口厚の見解は、「法益処分の自由」や、その「保護適格・要保護性」といった新たな視点を混入させたことにより、「法益関係の錯誤」という概念が本来有していたはずの基準としての明確性が損なわれたとしている。菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律(1)」早稲田法学会誌66巻2号(2016)172頁。
- 28) そのことを前提として、財産の場合は詐欺罪という特別な構成要件が設けられている。
- 29) このような判断の仕方について、被告人の責任非難の重さについての評価が背景にひそむことが指摘されている。松尾浩也「偽装心中と殺人罪」『刑法判例百選Ⅱ各論(第3版)』(1992)7頁。
- 30) 千葉地判平30・12・21判タ1463号247頁では、心中の失敗の事案で被告人に刑法199条と202条のいずれが適用されるかについて、このような判断の仕方を前提として、被害者の殺人の囑託が真意に基づく有効なものか否かが争点となり、「当初は後追い自殺する固い決意があったとする被告人の供述を排斥できない」として被告人に囑託殺人罪(202条後段)を成立させている。
- 31) 最判昭33・11・21刑集12巻15号3519頁。
- 32) 最決令2・8・24刑集74巻5号517頁。